

# 写真撮影に対する所有権保護について

田 中 康 博

目次	
一 問題提起	
二 ドイツ法	
(1) 二つのBGH判決	
(2) 学説	
(a) 侵害否定説	
(b) 侵害肯定説	
三 検討	
(1) 保護の必要性	
(a) 土地乃至建物所有権に基づく立入禁止権能との関係	
(b) 人格権・営業権との関係	
(c) 著作権等との関係	
(d) 保護の必要性	
(2) 侵害概念	
(3) 調整	
四 今後の課題	

一 問題提起

(1) 所有権は物Ⅱ有体物（民法八五条）に対する直接的・絶対的支配権であり、所有権者は、自己の所有物を自由に使用・収益・処分できる（民法二〇六条）。かかる自由な使用・収益・処分が無権限の第三者により妨げられた場合には、所有権者はかかる妨害の排除・停止を請求できる（物権的請求権）。他人の所有物を無断で使用することは、一般的に言って物権的請求権を発生させる所有権妨害といえるであろう。しかし、例えば、所有者の物自体に対する有形的支配を妨害しないという形で行われる所有物の使用の場合、典型的には、他人の所有物を所有者に無断で写真撮影しこれを複製して利用する場合がこれに該たる、やはり物権的請求権を発生させる妨害といえるのであろうか。

(2) この点について、ある判決は、「そもそも、所有者は、その所有権の範囲を逸脱しもしくは他人の権利・利益を侵奪する等の場合を除いて、その所有物を、如何なる処断・方法によっても、使用収益することができる（従って、所有物を撮影してその影像を利用して使用収益することもできる。）」と解すべきである。」として所有権者に目的物の影像の支配権を認め、所有権者の許諾を得ずになされた写真の利用に対する損害賠償を理論的には肯定する（広告用ガス気球事件<sup>(1)</sup>）。他方、最高裁は、唐代の著名な書家である顔真卿真蹟の「顔真卿自書建中告身帖」（以下「自書告真帖」）を所有する原告博物館（財団法人）が、「自書告真帖」の前所有者の同意を得て作られた写真乾板を譲受けこれを用いて「自書告真帖」を複製し出版・販売した被告出版社に対して、所有権の侵害を理由に、出版物の差止・廃棄を求めた事例について、「著作権の消滅後に第三者が有体物としての美術の著作物の原作品に対する排他的支配権をおかすことなく原作品の著作物の面を利用したととも、右行為は、原作品の所有権を侵害するものではないといふべきである。」と判示して所有権者による影像の支配を否定し、更に、所有権者による撮影の許諾についても、「第

三者の複製物の出版が有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことなく行われたものであるときは、右複製物の出版は単に公有に帰した著作物の面を利用したにすぎないのであるから、たとえ原作品の所有者に右のような経済的不利益〔原作品によって収益をあげる機会が奪われること〕が生じたとしても、それは、第三者が著作物を自由に利用することができることによる事実上の結果であるにすぎず、…第三者が所有者の原作品に対する使用収益権能を違法におかしたことによるものではなく、「更に博物館や美術館において、著作権が現存しない著作物の原作品の観覧や写真撮影について料金を徴し、あるいは写真撮影をするのに許可をようするとしているのは、原作品の有体物の面に対する所有権に縁由に解すべきあり……、「料金の徴収等の事実は一見所有者が無体物である著作物の複製等を許諾する権利を専有することを示しているかのようにみえるとしても、それは、所有者が無体物である著作物を体现している有体物としての原作品を所有していることから生じる反射的效果にすぎないのである。」としてこれを否定する（自書告真帖事件<sup>(2)</sup>）。

ところが、この自書告真帖事件最高裁判決の直後に今度は、「著作権法二条一項一号に定める思想等を創作的に表現した美術の範囲に属するものとみるのはいささか無理であると思われる」が「独特の美しさがあり、その管理、飼育にもそれなりの工夫し人知れぬ苦勞があり、永年の努力の積み重ねの結果、ようやくにしてこれが育て上げられたものである」国の特別天然記念物の「長尾鶏を写真にとつたうえ絵葉書等に複製し、他に販売することは、右長尾鶏所有者の権利の範囲内に属するものというべく、その所有者の承諾を得ることなくして右写真を複製して絵葉書にして他に販売する所為は、右所有者の権利を侵害するものとして不法行為の要件を備えるものとみられ、右権利を侵害した者はその損害を賠償する義務がある」と判示する例が現れた（長尾鶏事件<sup>(3)</sup>）。さらに最近、ホテルのシンボルとして使用されていたクルーザーの写真が雑誌に無断で掲載されたためホテルの信用・名誉が侵害されたとしてなさ

れた損害賠償請求につき、「原告は、本件クルーザーの所有者として、同艇の写真等が第三者によって無断でその宣伝広告等<sup>(4)</sup>に使用されることがない権利を有していることは明らかである」とする判決も見られる（クルーザー写真無断掲載事件<sup>(4)</sup>）。

(3) (a) 有体物の影像是、著作権や意匠権などにより保護されている。例えば、著作権について云えば、「著作権は、法テクニクとしては所有権的構成を取ってはいるが、存続期間が有限であるという点で所有権と決定的に異なっている。すなわち、あらゆる著作物は先人の影響の下に生じたものであり、その独占権を永久とすることは妥当でないため、一定期間経過後は万人が当該著作物を利用しうるように立法されているのである<sup>(5)</sup>。」従って、「もし所有権の使用収益権能の一環として、撮影されたものの出版を許諾する権利まで含ましめるとすると、前述の通り、著作権法の趣旨と合致しないことになる<sup>(6)</sup>」。しかも、われわれが写真をとれば、ほとんどすべての場合他人の所有物が入っているから、「この「広告用ガス気球事件判決におけるように所有権に影像の支配を認める」論法が通るならば、風見鶏の異人館の持主や美しい樹木、家屋、塔、風景の持主は絵葉書屋はもちろん、カメラマン、映画会社その他に対し、料金を請求し得ることになる<sup>(7)</sup>。」という極めて不当な結果を惹起するであろう。このような立場からは、所有権に影像の支配権を認めることは保護すべき対象が有体物か無体物により区別される「所有権と著作権間の権利性質上の相違<sup>(8)</sup>」を無視し、ひいては制度の在り方そのものを混乱に陥れることになる故に、例えば美術品を所蔵する所有者の写真撮影の許諾は「美術品の所有者は、通常美術品を外部から遮断した方法で保管しているため、第三者は許可なくして合法的にその物にアクセスすることはできないため、その物にアクセスして撮影するためには所有者の許可を必要とし、あるいは料金の支払いが必要となるにすぎない。すなわち、第三者が当該物を撮影し出版するためには所有者の許諾を必要とするのは、所有権の効果と考えるべきではなく、第三者が当該物について合法的にアクセスできない

この結果にすぎないのであり、<sup>(9)</sup> 影像の支配は著作権や「肖像権的な物権的権利」<sup>(10)</sup>（意匠権）により図られるべきだということになる。

このような観点からすれば、被告出版社が自書告真帖を複製するに際して用いた写真乾板に定着された影像は万人が自由に使用できる著作物であり、しかも前所有者が正当に製作したものを被告が正当に所有するものである自書告真帖事件に於いて、所有権が関与する余地がないことは判決の説く通りであろう。<sup>(11)</sup>

(b) しかしながら、自書告真帖事件は前所有者が正当に製作したものを被告が正当に所有する写真乾板を用いて複製された故に、まさに「第三者の複製物の出版が有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことなく行われたものであるとき」（最高裁判決）に関する判断であると評価することも可能であろう。かかる評価に基づけば、「Y「被告出版社」がX「原告博物館」の所有する『自書告真帖』自体から複製物を作成しようとする場合であるならば、これを借り受けるなど適法に入手しなければ複製は物理的に不可能であるから、Xは使用料の支払いと引き換えにYにこれを貸与することはありうるのであって、この場合は所有権行使の一場合といえることができ」、<sup>(12)</sup> 従って、「第三者の複製物の出版が有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことによって行われたとき」、例えば「入場料を払わないで博物館に入り、無断で原作品を写真撮影してきて複製物を製作し販売した場合、入場料を払って入ったが、こっそり写真撮影してきて複製物を製作し販売した場合などについては、所有権侵害の成否が問題にな」<sup>(13・14)</sup> り原作品所有権者は所有権に基づく保護を享受しうるとも言い得るであろう。

長尾鶏事件は所有権者の支配する領域内で所有者の許諾の範囲を超えた撮影・影像の利用が行われた事例であるが、ここでは所有権の保護は損害賠償レベルでは抽象的には認められたが、写真の廃棄等については判断示されていない。広告用ガス気球事件やクルーザー写真無断掲載事件のように被写体が「公開」されており万人が自由にアクセス

できる状態で撮影されたとしても、所有権者の写真撮影許諾の有無・許諾の範囲如何によつてはやはり所有権侵害の成否は問題となろう。例えば、所有者は写真撮影を認めていたが、それは個人が私的に収集するためだけに認めるという場合や、写真撮影そのものを禁止した場合も考えられよう。<sup>(14b)</sup>

(4) 右に見たように所有権の効力が有体物の影像の支配にまで及ぶかについては、著作権との関係では明らかにさされているものの必ずしも判例・学説に於いて細部に互るまで一致しているとはいえない。本稿は所有物の影像の支配に対して所有権の効力が及ぶと捉え、所有者の許諾なしの撮影・影像の利用に対する所有権者の排除・停止権能を肯定する立場から、特に建物の写真撮影・影像利用について最上級審の判決もありまた学説に於いても比較的多くの研究が見られるドイツの議論を参考にして検討するものである。

註

(1) 東京地判一九七七(昭五二)年三月一七日判時八六八号六四頁。事案は、当時日本にはなかった西ドイツ製のガス気球を広告媒体用に購入した原告広告会社が、宣伝用に神宮外苑絵画館前広場で公開されたときに訴外職業写真家により営利目的で無断撮影されたこの気球の写真を訴外広告会社を通じて無断で広告に利用した被告自動車メーカー・自動車部品メーカーを相手に、気球の所有者である原告以外の者は原告の承諾なく本件気球を広告媒体として利用することは許されず、被告らが気球の影像を配置したポスターを利用したことにより気球の広告媒体としての新規性・独占性が喪失するに至り、その結果別の企業に本件気球を賃貸することが不可能になり、損害が生じたとして損害賠償を請求したというものである。これに対して被告らは、ポスターに使用したことにより本件気球が毀損されていないこと、また、原告が本件気球の影像を排他的に使用する権利を取得するには本件気球につき意匠登録をなしていることが必要である等主張した。判決は、本文引用のよう原告の主張を認めたが、被告に過失が欠けるとして請求を斥けた。また、被告の意匠権についての主張については「原告は意匠法に基づく権利を主張しているのではな」く「被告らの本件ポスターの使用が、原告の所有する本件気球についての使用収益権能を妨害もしくは侵害することになるか否かに、争点が存するのである」から、「右主張は意匠権の存否を判

断するまでもなく、失当なものというべきである」としてこれを斥けている。なお、控訴審（東京高判一九七八（昭五三）九・二九）もほぼ同じ理由を述べている（大家重夫編・最新肖像権関係判例集（一九八九）八五九頁以下）。

- (2) 最判一九八四（昭五九）年一月二〇日民集三八卷一号一頁。なお、一審は、「著作権の保護期間が満了し、著作権が消滅した場合であっても、所有者の使用収益権能は「有体物についての使用収益にとどまり、所有者が有体物を離れて無体物である美術の著作物（美術的価値）自体を排他的に支配し、使用収益できる訳ではなく」、「所有者は、所有物に対する使用収益権に基づいて、その物を自ら鑑賞し又はいずれも対価を徴して、他人に賃貸し、公に展示し若しくは直接の撮影を許す等の行為を行うことができるのは当然とはいえ、……「このような」著作権類似の現象は、所有者が所有物を合理的に活用するために、所有物を支配・管理していることの反射的效果として行っているに過ぎず、事実上の利益享受に外ならないというべきである」と判示して請求を棄却した（東京地判一九八二（昭五七）年一月二五日判時一〇二八号三五頁）。次いで控訴審は、著作権の存続期間の満了後においても、所有者が「無体物たる美術の著作物につき排他的な利用・支配権能を取得して原作の影像や写真に対し排他的支配権を取得するに至ると解する余地は全くないのである」と述べた上で、原作の所有者の権能につき「美術の著作物の原作の所有者は、有体物たる所有物そのものの使用・収益・処分について排他的な権利を有するから、他人（著作権者を含む）が、原作の所有者に対し、著作物の内在する所有物に接近するのを求めたり、開示、貸借及び写真撮影等を求めたりするのに対し、これを拒むことができるし、また、著作権者の権利を侵害しない限り、対価を得てこれを許すこともできるが、それ以上に無体物たる著作物についてなんらかの権利を主張することはできない」とし原告の主張する「自書告真帖」に対する使用収益について「自らこれを鑑賞あるいは複製しあるいは、他人に対しこれらの行為をなすことを許諾してその対価を得ることなどであるから、「原告が」これらの使用収益をなす権利が、「被告の」行為によって物理的に妨げられると解すべき余地はなく、被告の行為により原告の使用収益権の経済的価値が減少したとしても、「自由競争の範囲内では当然に許されるから、そのような結果が生じたというだけでは違法とはいえない」と論じ、原告の控訴を棄却した（東京高判一九八二（昭五七）年一月二九日判時一〇六三号二〇八頁）。
- (3) 高知地判一九八四（昭五九）年一〇月二九日判タ五五九号二九一頁。事案は、長尾鶏の品種改良に努めて特に優れた二羽の長尾鶏（国の特別天然記念物）を飼育していた被告が、被告の承諾をえることなくこの長尾鶏を写真にとりこれを複製し

て観光写真をつくり、高知県下の観光業者等に販売し利益をあげている原告に対して、本件長尾鶏は著作権法にいう著作物に該たり、原告の無断撮影・複製は著作権侵害に該たる等として損害賠償請求訴訟を提起したところこの訴訟はその後、被告が請求放棄するに至ったので、原告が、「権利のないことを知らずに無謀な訴訟を提起したものというべ」きで前記訴訟は原告に対する不法行為に当たる等として損害賠償を求めたというものである。

- (4) 神戸地伊丹支判一九九一(平三)年一月二八日判時一四二二号一三六頁。なお、本件では被告は、「本件クルーザーの前所有者の時にその承諾を得て、平成二年二月上旬頃、同艇の写真を自己の広告宣伝用に雑誌に掲載することの依頼をした」が、このような場合であっても「被告は、『本件クルーザーの所有権が前所有者から原告に移転したことを知った』時点で、新所有者である原告に対し、改めて右写真の雑誌掲載についてその承諾をえるべき義務があったといふべきである」と判示する。

- (5) 中山信弘・法協一〇二巻五号一〇四八頁。

- (6) 中山・前掲(註5)一〇四九頁以下。

- (7) 大家重夫・最新著作権関係判例集I〔七版、一九九一年〕八〇七頁。

- (8) 半田正夫・著作物の利用形態と権利保護〔一九八九年〕三七頁、同・著作権法概説〔五版、一九九〇年〕九頁以下も参照。

- (9) 中山・前掲(註5)一〇四九頁。

- (10) 大家・前掲書(註7)八〇七頁。大家教授は広告用ガス気球事件於ける意匠権に関する被告の主張について(註1参照)「この裁判で、被告側が『本件気球の影像を排他的に使用する権利』を取得するために意匠権を登録して持たねばならぬといっているのは、この意味でもつともである。」とされる。

- (11) 中山・前掲(註5)一〇五〇頁、半田・著作物の利用形態と権利保護(註8)三九頁以下。

- (12) 半田・著作物の利用形態と権利保護(註8)三九頁、同旨 阿部浩二・著作権とその周辺〔一九八三年〕一八〇頁以下。

- (13) 無署名・法時五六巻六号一三七頁。

- (14) 勿論、このような場合は、当該博物館への立入は所有者の許諾の範囲を超える故に、違法評価を受け、従って博物館の所有権者は博物館に対する所有権の効力により(当該展示物に対する所有権の効力ではなく)立入の事前の停止・排除を請求



できよう。展示物が未だ写真撮影されていない限りでは、建物所有権の効力により実質的には目的を達することもできよう。しかし、このことから、既に撮影された写真の廃棄・ネガフィルムの返還等を請求できるかと言えば、この問題は後に検討されるが、かなり問題があるう。

(14 b) 広告用ガス気球事件控訴審判決(註1)は、「もつとも、本件気球はすでに公開されたものであるから、一般人がこれを撮影して鑑賞の対象として、あるいは報道関係者が撮影して報道写真として掲載することは、所有者である控訴人において承認したところと認められるが、そのことの故をもって、本件気球を撮影した写真を素材とするポスターを作成して宣伝活動をするというような、控訴人の使用目的の達成を阻害することにもなりかねない態様における利用の対象とすることまで承認されていたものと推認するとはでき」ないと判示する。

(15) 甲斐道太郎編・物権法(青林法学双書)一九九三年一七頁〔田中康博執筆〕

## 二 ドイツ法

### (1) 二つのBGH判決

(a) まず最初に所有権者に無断で撮影された写真の営業目的での利用に対して当該被写体の所有権者がその写真の利用の停止をもとめた事例に対する一九七四年と一九八九年の二つのBGH判決を紹介するが、判決の紹介に先立ちBGH判決に至る判例について若干の説明をしておきたい。

写真撮影による所有権侵害については、KGが一九〇九年一月二五日の判決において所有権者の許可を得て撮られたキャバレーの写真の複製と絵葉書の頒布に関して、所有権の普遍性(Universalität)に言及して、特別の経済的利益によって正当化される限りで、頒布権(Verbietsrecht)を肯定したが、この判決は学説によって否定されてきた。<sup>(16)</sup>その後BGHの時代になり、美術館の彫像(Apfel-Madonna)を当該美術館の許可を得て作られた原作品の複製<sup>(17)</sup>

品を利用して更に複製品を製作した場合に原作品所有権を侵害するかについて、BGHは「本件では原作品との不法に直接的接触について被告が非難されているのではない……から」、「美術館の意思に反する原作品の写真撮影が九〇三・一〇〇四条により防禦を正当とする所有権への『干渉』と見做されるうかは未決定でよい」としつつも、「民法上の占有・所有権秩序は有体物に対する、……物支配に役立つにすぎない」と判示し、<sup>(18)</sup>寧ろ写真撮影による所有権侵害を否定するような口吻を漏らしていた。<sup>(19)</sup>これから紹介・検討するBGH判決はこのような状況のなかで示されたものである。

①BGH一九七四年九月二〇日判決(NJW1975, 778; JZ1975, 492) — Schloss Tegel 事件

BGHは、この判決に於いて、所有者の明示の承諾なしの営利目的の写真撮影・複製に対して所有者はその停止・排除を請求し得るとの判断を示した。

【事実】原告は一八二四年にシンケルによって(西)ベルリンに建築されたテゲル城の所有者である。この城は、ベルリン市からの補助金をうけ記念建造物保護のもとにあった。原告は、入場料をとってこの城を写真撮影自体は禁止せずに一般に公開しており、また、この城の絵葉書を販売していた。被告は、この城に入場料を支払って入場した上でこれを撮影し、これをもとに絵葉書・カレンダーを作成し販売した。原告は被告に対して撮影した写真を絵葉書・カレンダーとして公表、販売することの禁止を求めた。

【判決理由】原告に属する城の営業目的の写真撮影に対して、原告はその所有権に基づいて停止(Unterlassung)を請求し得る(九〇三・一〇〇四条)。

このことには、写真撮影は九〇三・一〇〇四条の意味における建物への侵害的作用ではないという異議は唱えられ得ない。たとえこのことが正しいとしても——BGHはこの問題を従来未解決のままにしている(BGHZ44, 288)——このことは本件にとって重要ではない。けだし、法律上の争いの対象が原告の提起によれば、城を撮影することの禁止ではなく、撮影した写真を絵葉書・カレンダーとして公表、販売すること、従ってそのような撮影の営業上の利用の禁止であるからである。

所有権の營業的利用は、法秩序から生じる所有権の社会的拘束とは関係なく、原則として所有者に帰属する。建物の眺めが絵葉書の売出し等によって營業的に利用されている場合には、それを作るか、運営している所有者にそのような利用の権利が留保されていることが容易に推測できる。このことが一般的にあてはまるかどうかは、ここでは如何なる判断も必要ないし、全く疑いがあるかもしれない、蓋し著作権法五九条によれば——有償での——著作権により保護される公道・街路または公の場所に恒常的に存する建物の写真の頒布は許されているからである。

これに対して建物がここでのように私人の土地にあり、この土地に立入るときにのみ写真撮影がなされる場合には、立入を禁止するか、そこでは写真を撮らないという条件で「立入を」許すかは、原則として所有者の自由である。従って、所有者はそのような場合には、自己の支配権に基づいて、自己の敷地上で撮影を行うという可能性を排他的に留保する法的・事後的権限 (Macht) を持っている。……

他方、なる程、所有権の社会的拘束が個々の場合に於いて第三者にもそのような撮影を許すことを所有者に強制する場合もあり得るであろう。しかし、本件で控訴裁判所が原告のかような法的義務を否定したのは法的に誤りはない。……

さて、なる程、本件に於いては撮影禁止が明確に——例えば張り紙によって——表示されていなかった。それどころか被告は、被告が問題の写真を手に入れた撮影は明示的に許されたと主張する。しかしながらこのことが正しいとしても、このことから被告は原告がそれによって城の写真を絵葉書又は絵付のカレンダーとして公表・販売することも許したということを推定してはならない。けだし、被告は写真家が写真撮影をしてよいかどうかという問題に際して、その写真家が写真の營業的販売を意図した職業写真家であることを気づかせるといことを主張しえなかったからである。しかし、本件のような場合において私的な目的のための撮影が明示的に制限されることなく写真撮影の許可が与えられる場合には、所有者の許可があつてのみ接近できる所有権から引き出され得る營業的利用を所有者自身のために使用するということは所有権者の当然の特権 (Vorrecht) であるといふことから、そのような制限は通常默示的に生じる。自由に接近できない私的所有権の中にある建物の絵葉書を營業目的で作成し利用する者は、その際自然な観察によれば、他人の財産的価値を利用している。このような者は——明示的な禁止がなくても——所有権者があらゆる者にそのような利用を無償で許すつもりがあることを当てにしてはならない。一九〇九年の判決においてKGによって示唆された観点 (OLGE20, 402) は、本件に於いては被告にも押しつけられねばならない。KGの判決によれば、当時既に美術館・城・

動物園等に於いて今日行われている慣行から、写真撮影に、特に営業目的の写真撮影に、制限を加えることも被告にとっては、被告が異議を唱えられている営業的利用は原告の明示の許可 (Genehmigung) の作成を必要とするということが明白であろう。通常の入場料によってそのような特別の利用が弁済済みであるということは、上告が言うように、如何なる参観者も本気で考えておらず、ましてやかかる制限に当然しばしは出会っている職業写真家や絵葉書出版者も「そのように」考えていない。」

② BGH 一九八九年三月九日判決 (NJW1989, 2252; MDR1989, 996) — Friesenhaus 事件

BGH は最近、①事件と異なり、公道から建物が撮影され、その影像が営業目的で使用された事案につき、所有者の停止請求を斥ける判断を示した。

【事実】 原告は、一七四〇年にS島に典型的なフリース島様式で建てられた家の所有者である。被告は、この原告所有の家を通りから無断で撮影した原告所有の家と識別できる写真を自己の営業のために無断で宣伝に使用した。これに対して原告は、建物の著作権 (原告が改修工事をしていたので著作権法三条に基づく加工著作権) ・所有権侵害を理由に被告に、写真を営業目的で使用する事の停止・既に配布された宣伝の回収及び一万マルクの支払いを求めた。LG は請求を棄却。OLG (NJW1987, 1420) は、建物の著作権侵害を否定し、所有権侵害についても「土地の外的一般に立入のできる場所からの家の撮影は、所有権の直接且つ知覚できる干渉を欠く故に、所有権侵害ではな」く、「写真の営業目的の利用は所有権に結び付けられた利用割当 (Nutzungszuweisung) への干渉とは見做されない」こと、更に、著作権法五九条の規定は「著作権保護と所有権保護の異なった内容・異なった方向にも拘わらず顧慮されるべきである」ことを理由に原告の控訴を斥けた。原告は上告したが、BGH は著作権法三条に基づく保護を否定したのちに次の理由から上告を棄却した。

【判決理由】

まず、BGH は、写真撮影そのものについて次のように判示する。

「本法廷は、他人の所有にある物 (動産また不動産) の所有者の同意なしの撮影が九〇三条一〇〇四条による防禦を正当化する所有権への干渉であるかという問題を今まで未解決のままにしてきた。この問題はいづれにせよ、——本件のように——公道からの写真撮影が問題であった諸場合に於いては控訴裁判所とともに否定されるべきである。」

当該撮影が一〇〇四条の意味に於ける侵害と見做されるかという問題に際しては、所有権の概念と内容に遡らねばならない。所有権概念は、(間接的に)九〇三条によって、物の所有者は法律又は第三者の権利に反しない限りで、物を任意に処理し、他人をあらゆる干渉から排斥しようと言ひ表されている。積極的・消極的権能のかかる分類は、所有権は法秩序が物について許している最も包括的な支配権能として把握されているという表現に至る。かかる支配権は法的な処分力と特に占有と利用において表現される事実的支配を含む。法的な観点に於いては、実際の行為(Reakt)としての写真撮影の過程は、所有権者の処分権能に触れないということから出発されねばならない。……しかし、所有権への現実の干渉にも欠けている。所有権への干渉は、判例によれば成程、物質の侵害(Substanzverletzung)<sup>(20)</sup>によつてのみならず、所有権者のその他の現実の支配力に及ぶ物への干渉によつても行われ得る(BGHZ 55, 153; BGHNJW 77, 2264)<sup>(21)</sup>。その際には、物の利用が阻止されることにより所有者が物の現実の利用に於いて侵害される場合が問題である(BGHZ 63, 203)<sup>(22)</sup>。一般に近づき得る側からの家の写真撮影にあつては、このことは問題ではない。撮影過程は、決して物の利用自体への作用を有していない。撮影過程は、所有者が物を任意に処分することを阻止しておらず、所有者の占有も妨害していない。」

次いで、写真の営業的利用についても、著作権法五九条の適用のある著作物の写真の利用については、所有者はこれを所有権に基づき禁止できないが、このことは本件に於いても妥当しなければならず、この点に本件とSchlob-Tegel事件との相違もあるとの見解を示し、「自己」の物の模写<sup>(23)</sup>(Abbildung)の営業的利用は、所有者の法的支配力にも、事実上の支配力にも関わらない」として結局、原告の請求を斥けた。

(b) 以上のようにBGHは、建物の無断撮影・写真利用について反対の判断を示した。その原因はまず第一に②Friesenhaus事件判決自身も述べるように事実の相違に求めることも可能であろう。<sup>(23)</sup>つまり、①Schlob-Tegel事件では原告が既に問題となった建物を営業的に利用しており、被告の写真撮影が原告の土地内で行われ原告の営業と競合したのに対して、②Friesenhaus事件では、公道から撮影された写真の利用が問題であつた。原告の所有地内で写真が撮影されたのかそれとも公道から撮影されたのは確かに非常に大きな相違のように思われる。

しかし、それ以上に①Schloß-Tegel 事件判決と②Friesenhaus 事件判決で見られる大きな相違は所有権の第三者に対する効力の捉え方の相違である。すなわち①Schloß-Tegel 事件判決が所有物の財産的価値の支配から所有権者による当該目的物の写真撮影・影像の利用は「所有権者の当然の特権 (Vorteil)」として被告の「無断」利用を所有権侵害としたのに対して、②Friesenhaus 事件判決は、「物についての所有権侵害 (Eigentumsverletzung) は、物自体の侵害 (Beeinträchtigung) によつてのみならず、その他の所有権者の権能に関する現実の干渉によつても生じうる」とするBGH判決(註20参照)を引用しつつも、所有権侵害 (Eigentumsverletzung) となる「所有者の権能に関する現実の干渉」を「物の利用に客観的に対立する干渉」と捉えるBGH判決(註21参照)を引用することにより、写真撮影は所有権者の処分権能に触れず、所有権への現実の干渉にも欠けていることを理由に所有権侵害を否定している。つまり、①Schloß-Tegel 事件判決は、既に紹介したように、この判決以前にBGHにより傍論ながら示されていた「民法上の占有・所有権秩序は有体物に対する、……物支配に役立つにすぎない」<sup>(24)</sup>という立場を明確に否定しなかった故にこれを前提にしているとも言えるが、かかる理解によれば①Schloß-Tegel 事件判決に於いても所有権侵害は否定されるべきであつたと考えられるから、<sup>(25)</sup>事実の相違よりも所有権の第三者に対する効力の捉え方の相違がより重要であると思われるのである。

以上の点を確認したうえで次に写真撮影に関する学説を見てみよう。

註

(16) OLGE20, 402. 但し、筆者はこれを直接参照できなかった。このでの叙述は *Soergel-Mühl* (11. Aufl. 1978) §1004 Rz. 24. 以下参照。

(17) *Soergel-Mühl*, aaO.

(18) BGHZ44, 288 [一九六五年一〇月一三日判決] (*Apfel-Madonna* 事件)

(19) *Kubler, Eigentumschutz gegen Sachabbildung und Bildreproduktion*, FS Baur (1981) S. 54. はかかる定式によれば写真撮影は所有権侵害とはならないと考えるのが首尾一貫すると論じている。

(20) BGHZ55, 153 [一九七〇年十二月二二日判決]：… 事實は、被告連邦共和国が所有する運河の護岸壁が三・四メートルに互りその上の建物の外壁・木の幹ともども運河に落ちそれによって運河の航行が約半年間不能になったので、この運河を利用して荷物の輸送にあたっていた原告が、運河閉鎖により原告の所有の船舶が運河に閉じ込められたことにより損害を被ったとして被告に対して損害賠償を求めたというものである。BGHは、「物についての所有権侵害 (Eigentumsverletzung) は、物自体の侵害 (Beeinträchtigung) によってのみならず、その他の所有権者の権能に関する物への干渉 (Einwirkung) によっても生じる。」とした上で、「原告は、輸送手段として実際に締め出され、その適切な利用を奪われた。船舶の『閉じ込め』はそれによれば原告の所有権の権能に関する船舶への現実の干渉 (tatsächliche Einwirkung) であった。従って、かかる閉じ込めは、所有権侵害 (Eigentumsverletzung) であった。」と判示する。BGH NJW1977, 2264 [一九七七年六月二二日判決]：… 事實は、原告の相隣地にある貯蔵タンク場に於いて火災が発生し貯蔵タンクに引火の虞れがあったので、原告の営業用の土地が警察の命令により二時間に互り立入禁止となり、更にその後も警察・消防の出動車両のために公道との通路が三時間以上封鎖され、原告は営業を前後五時間以上停止させるを得なくなったので、相隣地所有者の破産管財人に対してこれによって生じた損害の賠償を請求したというものである。BGHは、「土地及び営業設備事態の侵害 (Verletzung)」は「物質的侵害の肯定にとっても不可欠ではな」く「滅失・毀損に結び付いていない物の侵奪も八二三条一項の意味に於ける所有権侵害 (eine Verletzung des Eigentums) である同じことは、物の利用を阻止する物への侵襲に際しても顧慮される」として「緊急の必要性が既に理性的根拠からあらゆる利用を一時的に禁止する本件に於いて」は、警察命令による二時間の使用禁止に伴う損害について原告の所有権及び占有の侵害に基づく賠償のみを認めた。

(21) BGHZ63, 203 [一九七四年一〇月三一日判決]：… 事實は、飲酒運転により運転免許証を警察に保管されたが、証拠不十分により捜査が終了した原告が、被告ラントに対して運転免許証の保管により生じた財産的損害の賠償を求めたというものである。判決は、BGH判例においては、「自動車の毀損について賠償を給付しなければならない者は、原則として被害者が代替自動車の使用を放棄しその限りで損害の回避または軽減の手段を執らなかつた場合にも、自動車の利用の取りやめに

ついでに金銭賠償を給付する義務を負うことが承認されている」が、BGHで判決された諸場合は、「自動車登録証の職務上の義務に違反した不法留置の場合」や「ガレージに止められている自動車の利用可能性が、例えばガレージの出入り口の前で違法に行われた建築工事により一定期間客観的に不可能になった場合」さらに「自動車が他人の過失によってあらゆる運行の可能性が奪われた場合」のように「常に自動車の損害の形に於ける (in Form einer Sachbeschädigung des Kraftfahrzeugs) 所有権侵害 (Eigentumsbeeinträchtigung) または、——仮令物毀損でもなくまたは、物自体 (Sachsubstanz) を侵害するものではないとしても——自動車自体への干渉、それ故、その利用に客観的に対立する干渉が存在した」として、「自動車の利用不能に関する請求権」は、帰属しないとされた。

(22) しかし、注意すべきは、本判決も、「控訴裁判所が原則として他人の家の写真の広告に適した頒布においても人格権侵害が存しうることから出発したのは正当である」として——但し事実審の事実認定により人格権侵害を否定した控訴審の判断を是認している——人格権に基づく請求権、更には組織され運営されている営業についての権利・競争法に基づく防禦請求権発生の可能性も認め、建物所有者の保護を全く考えていないということである(但し、営業権については、公刊されている限りでは全く具体的言及はなく、競争法に基づく防禦請求権についても僅かに「不正競争防止法一・三条に基づく原告の請求を控訴裁判所が否定したのは正当であった」と言うに過ぎない。以上の点については後述(2)(a)(γ)も参照。

(23) なお、①判決後に示され、②判決も引用するBGHZ81, 75〔一九八一年六月二六日判決〕は宣伝目的で名前が添付されたレース用自動車の無断撮影・利用について、それが「防禦請求権〔所有権に基づく妨害排除請求権〕・支払請求権〔不当利得返還請求権〕を呼び起こす所有権への干渉であるかの問題を本法廷は、私的領域にある公道から見ることのできない建物の写真の営業的利用の場合を度外視すれば、長きに亙り最終的に決定していない。この問題は本件でも判断の必要はない」とするが、このような指摘はBGH自身①判決を可成特殊な事例と考え、一般化する意思のないことを示すものであろうか。

(24) BGHZ44, 288.

(25) 註19参照



(a) 侵害否定説 侵害否定説は一〇〇四条にいう「侵害」は物への直接の有体的干渉に限られ、その他の干渉は一〇〇四条にいう「侵害」には該たらないとする従来の侵害概念( $\alpha$ )及びに著作権と所有権の役割分担から写真撮影によつては所有権者の目的物に対する法的・事実的支配の妨害も存しないこと( $\beta$ )を根拠に写真撮影そのものによる所有権の「侵害」を否定する。

( $\alpha$ ) まず、従来の侵害概念との関係について見てみよう。通説・判例は所有権への干渉を所有物自体に対する積極的干渉と「所有権者が自己の権能の内部で自己の土地を利用しそのことによって間接的な不利益が相隣土地に引き起こされる」消極的干渉、更に、単に所有権者の感情を(美的感情や道徳的感情など)を害するに過ぎない精神的(観念的或いは道徳的)干渉に大別し、積極的干渉のみが一〇〇四条により排除・停止され、消極的・精神的干渉は一〇〇四条に所謂「侵害」に該たらず、従つて所有権者はそのような干渉の排除・停止を請求できないとする。<sup>(26)</sup> 積極的干渉については、②Friesenhaus 事件判決が引用するよう(註20参照)に、「物についての所有権侵害(Eigentumsverletzung)は、物自体の侵害(Beeinträchtigung)によつてのみならず、その他の所有権者の権能に関する現実の干渉によつても生じうる」とする判決を踏まえて、BGHは、物の自体への侵害ではない干渉とは「物の利用に客観的に対立する干渉」と捉えていた(註21参照)。

消極的干渉・道徳的干渉が一〇〇四条にいう「侵害」に含まれないという結論は、主に九〇六条との関連に於いて導かれてきた。つまり、九〇六条一項は、「土地の所有権者はガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、振動及びその他の土地に由来する類似の作用の侵入を、その作用が自己の土地の利用を害せず、また、非本質的侵害を与えるときは、こ

れを禁止することができない。」と規定するが、この規定は「イミッシオン」とされる作用につき一〇〇四条の適用を前提とした上で、一〇〇四条に基づく請求を一定の場合に排斥する規定であり、「イミッシオン」とされない作用については一〇〇四条の適用自体も排斥する（従って、所有者は当該作用を自由になすことができ、これに対して作用の影響をうける土地の所有者は何らの防禦手段も執り得ない）規定であると理解する。<sup>(27)</sup> どのような作用について九〇六条の適用があるか（従って、前提として一〇〇四条によりその作用を所有者が排除しうるか）は、九〇六条自身例示しているが、それ以外の作用については「類似の作用」の解釈問題となる。つまり――

屋外プールの更衣室に由来する道徳的感情を害する光景の排除が求められた事例に於いてライヒ裁判所（RG）は、九〇六条を九〇三条に規定される所有者の権能との調整的規定と捉えた上で、九〇六条に規定される作用を「土地又はそこに在る物に毀損的に（beschädigende）作用するか、又は、土地上に居る者に、彼の健康的な健在を妨害するような方法で負担を負わせるか、その者に身体的な不快を引き起こさせるような」作用と捉え、九〇六条にいう「類似の作用」も右のような干渉に限られるとする。<sup>(28)</sup> このように解釈によれば、精神的干渉は、土地上に在る物にも干渉しないし土地上に居る者の健康的な健在も侵害しない故に、「九〇六条の意味における干渉ではなく、むしろ民法典に無関係である」とされる。<sup>(29)</sup>

消極的干渉についても同様の理由から、一〇〇四条・九〇六条の適用は問題とならないとされる。このことは最近でも、高層建築物による相隣地のテレヴィの受信妨害が問題となった事例に於いてBGHにより確認されている。<sup>(30)</sup> BGHは、九〇三条による土地所有者の無制限の権利はかえって土地の有意義な利用を不可能ならしめるから、九〇六条などの相隣法規定によって土地相隣者間の利益調整が与えられているのであり、従って、九〇六条にいう「類似の干渉」は法律が挙げている例と同様の種類のもの、つまり「全ての積極的に境界を越える、一般的に知覚できる作

用」に限られるとし、「民法典が所謂消極的干渉についての規定を含んでいない場合には、このことから法律は消極的干渉を所有権自由（九〇三条）に委ねようとしたことが明らかになる」と説示する。<sup>(31)</sup>

右のように一〇〇四条に所謂「侵害」は「積極的干渉」に限られ、消極的干渉や精神的干渉は含まれないという解釈は、「所有権を純粹の支配権と見做し」<sup>(32)</sup>たうえで、相隣法上の土地利用の調整の必要性から認められたものであるといえようが、写真撮影による所有権侵害否定説は、そこで展開された議論をそのままこの問題にも妥当せしめ、写真撮影においては「物とのあらゆる具体的接触がかけている」<sup>(33)</sup>ことを侵害否定の根拠とするわけである。

(β) また、侵害を否定する見解は、写真撮影によって物の「法的支配も事実的支配も触れられて」<sup>(34)</sup>いないことも根拠に侵害を否定する。このことは、特に著作権との関係で問われる。右の②Friesenhaus 事件判決は、①Schlöss [Tegel] 事件判決を念頭に置いて、「別の解釈は、物に於いて具現されている精神的財についての排他的権利の承認に帰し、従って有体物についての所有権と精神的財産権としての著作権の根本的な區別を誤解することになる」と説示しているが、このことは、侵害を否定する諸説によっても承認され侵害否定の論拠を提供すると同時に肯定説に対する批判となっている。②判決が引用する学説によりその論旨を敷衍すれば次のようになる。

著作権は「精神的作品それ自身を対象とし」<sup>(35)</sup>ているのに対して「所有権は直接に物自体 (Sachkörper) に関係がある」<sup>(36)</sup>り、「有体的な客体の光景 (Anblick) によつてのみならず、その複写 (Abbild) によつても媒介される抽象的な物の内容は所有権に包含されない」<sup>(37)</sup>のである。従つて、このような「抽象的な物の内容」に関する写真撮影は所有権の内容に含まれない。しかも、著作権はその保護の期間が限定されていることから、例えばシュミッター (Schmieder) はもし①判決のような結論を認めると、「著作権保護を受ける芸術作品はその保護期間の経過後は自由な利用のために一般に晒されるといふ著作権法上の保護の限定の考えに反して、オリジナル作品の所有権者に現実には

包括的な無限の利用権が与えられることになるが、このことは私には疑問に思われる」として肯定説を批判する<sup>(38)</sup>。

(γ) ② Friesenhaus 事件判決に於いて示唆されていたように<sup>(39)</sup>、建物の写真撮影により建物所有権者の人格権が侵害されることが組織され運営されている営業に関する権利が侵害されることも考えられる。①判決以前にもBGHは、建物つきの農場の無断撮影、家の販売のためのパンフレットへの写真利用に関する一九七一年四月二八日の判決<sup>(40)</sup>に於いて、原告自身が当該農場を建築したにも拘わらず、被告の販売パンフレットにあたかも被告の建築した家を購入したという「誤った印象が呼び起こされる限りで原告は信じる価値がない見做され、真実とは正確に合致せず、虚偽の記載を誇示するという危険が存する」ことを理由に原告の人格権侵害を肯定し、農場の写真を宣伝目的で使用する<sup>(41)</sup>ことの停止を求めた原告の請求を認容することにより、このことを認めていた。侵害否定説に与する学説も、人格権侵害や組織され運営されている営業に関する権利侵害を根拠にする保護の可能性を認めている<sup>(41)</sup>。更に、キュープラー(Kübler)は、写真撮影の禁止権能は「複製されるべき物の物的権利(dingliche Berechtigung)から生じるのではなく」<sup>(42)</sup>「土地所有権、占有者の権能、裸の家屋権(bloßes „Hausrecht“ )の立入禁止権能から生じるのである」として、土地所有権等に基づく立入禁止権能による保護を認めている。このように、被写体そのものの所有権の効力による排除・停止請求権を認めずとも被写体所有者の保護の途が開かれていることが、従って、否定説の実質的根拠となつていとみることもできよう。

註

- (26) Vgl. Staudinger-K. H. Gursky (12. Aufl., 1982) §1004 Rz. 46. ff., 55ff.; MK-Medicus (2. Aufl., 1981) §1004 RdNr. 28ff.; AK-BGB-Kohl (1983) §1004 Rz. 45ff.; Meisner-Stern-Hodes-Dehner, Bundesnachbarrecht (6. Aufl., 1982) §3811 d(e); 更に, Soergel-Mühl (12. Aufl., 1989) §1004 Rz. 33ff.; Erman-Hefernehl (8. Aufl. 1989) §1004. Rdnr. 12f.u.s.w.

- (27) 沢井・公害の私法的研究「一九六九年」六一頁参照。

- (28) RGZ76, 130(一九一一年四月八日判決)
- (29) BGHZ51, 396(一九六九年三月七日判決)：相隣者の美的感覚を侵害するような住宅地区における土地上的の建築材料・道具の貯蔵が、九〇六条の意味に於ける「他人の土地に由来する類似の干渉」であるかが争われた事例。
- (30) BGHZ88, 344(一九八三年一〇月二一日判決)
- (31) BGHは、民法が消極的干渉に言及しないことは、民法制定にあたり第一委員会が相隣者のための積極的所有権制限と消極的所有権制限を区別していたヨホフ(Johow)の部分草案に於ける提案を排斥したことにより意図的に生じたとして、民法典の成立史から上述の結論を根拠づけるが、これに対しては、vgl., Jauernig, JZ1986, 605, 610; Soergel-Mühl (12, AfL. 990) §1004 Rz33.
- (32) Pawlowski, AcP165 (1965), 395, 397.
- (33) Ruwedel, JuS1975, 242, 242; Schmieder, JZ1975, 1164; Kübler, aaO (Amm19.), S. 51, 54ff.
- (34) MK-Medicin (2. Aufl., 1981) §1004 Rdn. 27; 同 Staudinger-K. H. Gursky (12. Aufl., 1982) §1004 Rz. 59; AK-BGB-Kohl (1983) §1004 Rz. 49.
- (35) Ruwedel, aaO. S. 243.
- (36) Kübler, aaO. S. 59; vgl., ②Friesenhaus 事件判決
- (37) 著作権法 (UrhG) 64条「①著作権は著作者の死後七〇年で消滅する。②しかし、相続された作品が六〇年の経過後、著作者の死後七〇年の経過前に公表された場合には、著作権は公表後の最初の一〇年で消滅する。」
- (38) Schmieder, aaO (Amm.39), 同 Kübler, aaO. S. 58; Staudinger-K. H. Gursky, aaO; AK-BGB-Kohl, aaO. 同 Staudinger-K. H. Gursky, aaO. によれば Lohr, WRP1975, 524ff. 「BGHは①判決では事実上新たな精神的財産権を、即ち、法律の根拠が明らかでない自己の物の肖像の権利を創り出している」と①判決を評価しているという。
- (39) 註22参照
- (40) NJW1971, 1359.
- (41) Vgl., Staudinger-K. H. Gursky, aaO.

(42) Kibler, aaO (Amm19), S. 59.

(b) 侵害肯定説

(a) これに対して侵害肯定説の多くは、一〇〇四条にいう「侵害」には「積極的干渉」のみならず、消極的干渉や精神的干渉も含まれると解し、さらに九〇六条と一〇〇四条との関係について、九〇六条に規定される種類の干渉については一〇〇四条二項により例外的にこれを忍容しなければならないが、これ以外の干渉は全て一〇〇四条一項の問題となり、従って所有者に妨害排除権能が認められるべきであると説く。このような立場にあつては建物を写真撮影しこれを例えば絵葉書等にして販売することが所有者の権能に属すれば(九〇三条)、他人が所有者の承諾なしに建物を撮影し、その映像を利用することは原則として所有権侵害と評価され、当該建物の所有者は一〇〇四条に基づき妨害の排除・停止を求め得ることになる。

所有権による影像の支配という問題について右のような観点から比較的詳しく論じる論者として、マンフレート・ヴォルフ (Manfred Wolf)、ミュール (Mühl)、ゲラオアー (Gerauer)、フリッツ・バウル (Fritz Baur) の名前を挙げることができる。以下、これらの論者の主張を中心に検討する。

侵害肯定説の代表として挙げられるのはマンフレート・ヴォルフである。彼は「何が侵害と見做されるかは、如何なる領域が所有権の内容に従って妨害から免れる (Störungsfrei) として所有者に割り当てられているかにかつている。共同の調和 (Gemeinverträglichkeit) の枠内で、所有権は包括的な享有と包括的な利用を保障されているから、かかる享有のあらゆる妨害が侵害と見做される<sup>(43)</sup>。」とした上で、「所有者には、物の利用・公に物をしめす態様について決定する権能が帰属する。かかる所有者のみに帰属する権能を担保するために所有者は第三者を排斥できなければならない<sup>(44)</sup>。」として「写真撮影及び写真の公表も、物に自由に近づくことができず、所有者が物を公表する意

図のない場合には、「所有権」侵害たりうる」とする<sup>(45)</sup>。ヴォルフはこのように述べ写真撮影を禁止するが、彼によれば「禁止されるのは記述的な記録としての写真撮影のみであり」、「完全な同一性を保障しない創造的な人的給付としての模写 (Abzeichnen) は禁止されない<sup>(46)</sup>」、のでありまた、所有者の意思に反する撮影が常に禁止されるのではなく、「正当な情報の必要性<sup>(47)</sup>」がある場合や「法律上の忍容義務」として著作権法 (UHG) 五九条、美術・写真著作権法 (KUG) 二三条一項二文の規定する要件の存する場合にはこれを類推適用し所有者は複写・頒布を禁止できないとする<sup>(49)</sup>。

次に、ミュールは、準ネガトリア請求権<sup>(50)</sup>の形成により「所有権の内容に矛盾する外的な作用は、物自体が関していることを前提としないことに帰着した<sup>(51)</sup>」と解したうえで、「技術的進歩をも考慮に入れる「準ネガトリア請求権に関する」法発展を顧慮すれば、侵害概念は『物との直接の接触』を前提とすることは適切ではな<sup>(52)</sup>く「機能に関連づけられた所有権関係を根拠として所有権侵害 (Eigentumsverletzung) の範囲は所有権の法的な状態への侵襲の諸場合、つまり、物の有体的侵奪特に物自体の侵害に限られない<sup>(53)</sup>」とする。ミュールはかかる前提に立って、①判決につき、「所有権の権能を顧慮して『所有者の許可に反してのみ到達できる所有権から引き出されうる営業的利用それ自身を要求することは所有権の当然の特権である』という根拠づけに賛成されるべきである。」とする<sup>(54)</sup>。もつともミュールも常に所有権の特権を認めるのではなく、一定の正当な事由がある場合には、所有者の許可を不要とする…「例えば、写真が城建築に関する論文集に掲載される場合には、保護の価値ある所有権者の利益は否定される<sup>(55)</sup>」と。

最近ゲエラオア<sup>(56)</sup>は、本稿①判決とともに本稿②と同様に「営業目的の写真撮影に際しては、写真撮影が土地への立入なしに行われる場合には、建物の利用は所有者のみには帰属しない、という意見である」未公刊の一九八六年一月四日のOLGMünchenの判決<sup>(57)</sup>を紹介したうえで、この二つの判決を「仮令明確な言葉がないとしても、建物の

写真撮影は九〇三条の意味に於ける干渉であると見做している」と評価し、「両判決は同意されるべきである。それ故、精神的イミッシオンは九〇三条の意味に於ける侵害的干渉ではないという文献には従われえない」としたうえで、写真撮影が侵害的干渉であるかどうかは、「干渉」といことばの「一般的な用法」ではなく、<sup>(58)</sup>「九〇三条はまず第一に所有権者に帰属する権能の内容を確定しようとする」ということから出発し、「物に自由に近づくことができず、所有権者が物を公表する意図のない場合には」写真撮影を所有権の侵害と見做している「ヴォルフの見解を「正当である」として、写真撮影による所有権侵害を肯定する。

もちろん、ゲエラォアーも常に写真撮影が禁止されると考えるのではない。ゲエラォアーは、ここでは基本法一四条を基準にして、土地への立入によってのみ写真撮影がおこなわれる場合には、「所有権の行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」という基本法一四条二項二文は問題とならず（従って、ここでは所有権者の同意がある場合にのみ写真撮影・営業的利用ができる）、<sup>(59)</sup>「公共の福祉が写真の販売を必要とする場合に、写真撮影に際して土地に立入られない限りで」建物の写真撮影・営業的利用の権限が職業写真家に与えられると主張する。<sup>(60)</sup>

フリッツ・バウルは、九〇六条と一〇〇四条との関係について、九〇六条に規定される種類の干渉については一〇〇四条二項により例外的にこれを忍容しなければならないが、これ以外の干渉は全て一〇〇四条一項の問題となり、従って所有権者に妨害排除権能が認められるべきであるとのことと、さらに、一〇〇四条に規定される防禦請求権と侵害不当利得請求権の「同一化」を根拠に「具体的に所有権内容のうち『侵害 Beeinträchtigung』と『妨害者 Störer』という概念は、機械的に『物との接触』の意味で見られてはならない」として①判決に賛成する。<sup>(61)</sup>

以上の見解の他にも、ほぼ①判決を引用することにより、侵害肯定説に与する論者として、バッセンゲ<sup>(64)</sup>（Bassenge）、ヘーファーマール<sup>(65)</sup>（Hefermehl）、ミューラー<sup>(66)</sup>（Müller）、ピカート<sup>(67)</sup>（Pikart）を挙げることができぬ。



(β) 以上の諸説と異なり、ピイシュター (Pfister)<sup>(68)</sup> は、侵害概念の操作からではなく「違法性」概念から①判決に賛成する。

ピイシュターの基本的立場は、所有権の保護は、返還請求権・停止請求権・排除請求権・損害賠償請求権・侵害不当利得請求権などにより認められているが、「異なった種類の行為（妨害や侵害等）」が存在のではなく、損害・占有喪失・他人からの利得という所有権に関する異なった種類のネガティブな結果が解決されるべきである故に、所有権は様々の種類の請求権によって保護されるべきであるから、すべての種類の所有権保護請求権が『同一化』されるべきである」という点にある。ピイシュターはこのような立場から「違法性」を「考察の中心点」におく。では、ピイシュターによれば、写真撮影はどのような点で「違法性」を帯びるのであろうか。

ピイシュターは所有権を帰属に関する権利 (Zuordnungsrecht) と捉え、帰属に対する違反を「違法性」と呼ぶが、「物を写真撮影しその写真を利用したにすぎない者は、物を任意に扱うという点で所有者を邪魔しておらず、占有に於いて所有者を妨害していない<sup>(69)</sup>」から、ここでは所有権侵害も「違法性」も認められないとする。しかし、「違法性」は所有権の帰属違反からだけ生じるのではなく、「ある者が他人の所有権に関係づけられる行為に着手し、かかる行為の違法性がその他の法秩序から明らかになるときにも存在する」のである。ここでピイシュターは「法秩序は、所有権の保障によって権利者に『対象となっている領域における生活の自己責任的在り方を可能にする』とい目的をまさに追求している」と解し、このことから「家屋の平和を破る手段で撮られた」写真、即ち「違法性」の存する写真については建物所有者は「明らかな静けさの必要性に基づいて」写真の流布の停止を請求できるとする<sup>(70)</sup>。

註

(43) M. Wolf, Sachenrecht, 7. Aufl., 1987, Rdnr. 233.

- (44) M. Wolf, aaO. Rdnr. 238.
- (45) M. Wolf, aaO. Rdnr. 238. ヴォルフも「写された客体が囲まれた土地上または囲まれた空間内にある場合に、この肖像が土地所有権をより所とする立入禁止の助けをかりて止められうる」ことを否定するものではないが、「写真撮影は立入なくしても可能であり（望遠レンズ）不法に作り上げられた肖像の公開はもはや立入禁止によつては止められないから」土地所有権に基づく立入禁止だけでは「十分ではない」として、土地所有権に基づく禁止権能だけで十分であるとするキューブラー説「上述(2)(a)(γ)」を批判する。この点については、Pfister, JZ1976, 156, 157, N. 9. の教えるところによる、秘密の書類が無権限で撮影された事件における一九二七年三月一六日のハンザ都市OLGの、写真撮影行為はゆるされない干渉であり、それ故、事情によつては九〇三条に基づく停止請求権が与えられることを可能と見做したが、作られた写真はオリジナルそのままの状態ではないので停止請求権は高々写真撮影に対して与えられるに過ぎないとの判断も参考にされよう。
- (46) M. Wolf, aaO. Rdnr. 238.
- (47) M. Wolf, aaO. Rdnr. 238.
- (48) 著作権法五九条「①公の道路、街路、場所に恒常的に存する作品を、絵画または版画の方法であるいは、写真または映画によつて複製し、頒布し、公に再現することは許される。建築作品にあつては、かかる権能は外部の光景のみに制限される。②複製は建築作品にあつては行われてはならない。」美術・写真著作権法二三条「①二三条により必要な同意がなくても、「以下のものは」頒布し展示されてよい…2号人が風景またはその他の場所で点景としてのみ現れる画像。」同法二二条「肖像は、本人の同意がある場合にのみ、頒布または展示することができ。本人が模写をさせることについて報酬を受け取っている場合で、疑わしいときには、同意は与えられたものと推定される。本人の死後一〇年が経過するまでは、本人の近親者の同意が必要である。この法律の意味に於ける近親者とは、本人の配偶者・子供をいい、配偶者も子供もいない場合には、本人の両親をいう。」（なお、BjUGは一九六五年九月九日の著作権法（JUG）一四一条五号により、肖像の保護に關しない限りで、一九六六年一月一日から廃止されている。また、KUG二二条以下についての最近の研究として、三浦正広「肖像権研究序説」民法と著作権法の諸問題〔半田正夫教授還暦記念〕所収、一九九三年がある。）
- (49) M. Wolf, aaO. Rdnr. 254. ヴェルフのかかる忍容義務の説明に対して、キューブラーは美術・写真著作権法二二条は肖像

の頒布・展示を禁止しているが、これは写真その他の技術的肖像のみならず、素描、肖像画、風刺等のすべての手作業により作られた模写であるのに、何処に写真撮影に対する法的に相対的な相違があるのか明確でないと批判する (Kubler, aaO (Amm. 19) S. 57ff.)。

(50) これについては拙稿・六甲台論集三二巻二号一七三頁以下及びそこで挙げられた文献を参照

(51) Soergel-Mühl, (12. Aufl., 1989), §1004. Rz. 70.

(52) Soergel-Mühl, aaO. Rz. 71.

(53) Soergel-Mühl, aaO. Rz. 70.

(54) Soergel-Mühl, aaO. Rz. 71.

(55) Soergel-Mühl, aaO. Rz. 71. これに対してはキュープラーは「かかる区別づけは法的には根拠づけられないし根拠づけることもできないように思われる…所有権者が自分のほうで全集を作り販売したい場合には、所有者は異議を唱えてよいのか？全集の場合とB G Hによって禁止権能に含められた絵つきのカレンダーの場合とで法的に重要な相違は奈辺にあるのか？芸術品に関する教科書と新聞報道は如何に取り扱われるべきなのか？憲法を顧慮しても何の助けも期待できない…絵葉書の印刷・販売も基本法五条一項二文によって保護される活動なのである」と批判する (Kubler, aaO (Amm. 19) S. 61)

(56) Gerauer, GRUR, 1988, 672.

(57) Gerauer の紹介によればこの判決は『所有権の営業的利用は、なる程、所有権から生じる社会的拘束とは関係なく原則として所有権者に帰属する。しかし、かかる原則は、所有権の社会的拘束が第三者に写真の製作及びそれに続く販売を許す場合には、破られる。被写体の建物を初めて知るといふ一般的利益がある場合、絵葉書の製作が・販売が一般的利益に役立つ場合が、これに該たる。このことは、少なくとも第一に、かかる撮影が土地への立入なしに行われうる限りで妥当する』と判示し、さらに、『営業目的の写真撮影が土地に立入つてのみ行われうる場合には、所有権者のみに所有権の営業目的の権利が帰属する』ことを認めており、『…ここでは、このことは自己の所有権を任意に処理しあらゆる干渉から他人を排斥できるという九〇三条による所有権者の権能の流出物としての所有権者の利益に値する』との判断を示している (vgl. aaO. S. 672)

- (58) Gerauer は「干渉とは物の変更を引き起こすための一定の作用を行使することをいう」とする Duden, Deutsche Universalwörterbuch, 1983 を引用している
- (59) Gerauer, aaO. S. 674. その根拠を「基本法一四條二項二文の適用を認めれば、このことによって基本法一四條二項二文を越えて刑法一二三条に於いて保護されている法益、つまり、住居の権利をその存在に於いて侵害するから、このことは所有権者の支配権、従って憲法に合致しないだろう」と説明する。なお、ゲラォアーは、上述の OLG München の判決を「基本法一四條二項二文の適用可能性を、撮影が土地への立入なしに行われる場合に明確に制限した」と評価する (aaO. S. 673)。
- (60) Gerauer, aaO. S. 674.
- (61) F. Baur, JZ1969, 431, 432.
- (62) F. Baur, JZ1975, 491, 493.
- (63) Vgl. F. Baur, Sachenrecht, 10. Aufl., 1978. §12 II 1 a; Baur-Stürner, Sachenrecht, 16. Aufl., 1992. §12 II 1 a.
- (64) Palandt-Bassenge (1991. 50. Aufl.) §1004. Anm. 2 a aa.
- (65) Erman-Hefermehl (8. Aufl., 1989) §1004 Rz. 13. ヴーファーマールは、消極的侵害については通説・判例に従い一〇〇四條に所謂侵害に該たなう (Erman-Hefermehl, aaO. Rz. 12.)とするが、精神的干渉については九〇六條の類推によりこれを一〇〇四條に所謂侵害に該たるとする (Erman-Hefermehl, aaO. Rz. 13.)。そして写真撮影も精神的侵害と同視し、技術的進歩を考慮に入れるシユールの見解によりつつ「所有権の營業的利用は、所有権利社会的拘束を条件として、所有権者に帰属する」として「単なる写真撮影も所有権侵害である」とする (Erman-Hefermehl, aaO. Rz. 13.)。
- (66) Müller, Sachenrecht. 2. Aufl., 1990. Rdnr. 717 は、物の写真撮影自体は、「物の写し (Abbilden)」は所有権者の支配管轄 (Herrschaftskompetenz) の構成要素ではない」ことを根拠に所有権侵害とはならないとするが、①判決を引用して「写真が營業目的で使用される場合には、このことは、所有権者に帰属する物の利用であり、所有権侵害は存在する」と述べる
- (67) BGB-RGRK-Pikart (12. Aufl., 1977) §1004. Rdn. 27. 144.
- (68) Pfister, JZ1976, 156ff.

(69) その根拠をپیシユターは「違法性は、所有権者に利用—占有権を越えてなお独占的な利用の可能性が秩序づけられている場合にのみなお帰属から生じるのである」が、物については特許法六条（特許は、特許権者が独占的に営業適合的に発明の対象を実施する権能を有するという効果を持つ）のような規定が民法典に規定されていないことと、このように場合にも違法性を認めるとすれば「それは余りにも広すぎる」という点に求めている（Pfister, aaO. S. 157.）

(70) なおピシユターは、「要件事実から違法性への問題の置き換えによって、絶対権をなお一層拡大しこのことによって包括的な独占権（Monopolrecht）を作り出すのではなくて、寧ろ——個々の場合に利益衡量に基づいて——義務を越える不法行為保護（Deliktsschutz）を慎重に拡大するという現代的傾向により合致される」（Pfister, aaO. S. 158）とするが、キュープラーは、ピシユターの見解によれば、「他人の物を写真撮影しないという約束の違反も所有権侵害と構成される」が「このことにより相対権と絶対権の対立は、Dinglichkeitの概念と同様に放棄される」と批判する（Kubler, aaO（Amm.19.）S. 59.）。

## 三 検 討

### (1) 保護の必要性

日本民法は制定にあたり、ドイツ法の影響も受け、所謂パンデクテン体系を採用した。かかる体系の一つの大きな特徴は、財産権を有体物支配権である物権と財貨の移動を根拠づける債権とに峻別したことにある。そして、物権との典型としての所有権は、物<sup>71</sup>有体物に対する排他的・絶対的支配権として観念された。物権的請求権は、かかる排他的・絶対的支配が妨害された場合に、「支配の回復を求めて躍動する物権そのものの姿」であるが、所有権は物支配権であるという前提に立つ限り、その支配の妨害は、ドイツに於ける通説・判例が理解するように、「積極的侵害」に限定せざるをえないと思われるし、またそう限定することが著作権をはじめとする無体財産権制度ともよく調

和すると言える。写真撮影を所有権侵害と評価する場合には、まずかかる理論的問題を克服しなければならないこと  
いうまでもない。このような理論的問題を検討する前にまず、このような理論的問題を含むにも拘わらず、侵害肯定  
説に与する実質的根拠即ち保護の必要性を、これまでの叙述から明らかになった幾つかの問題に沿って検討しよう  
と思う。蓋し、若し保護の必要性がないならば、理論的困難を冒してまで侵害肯定説に与する必要はないと言えるから  
である。

(a) 土地乃至建物所有権に基づく立入禁止権能との関係

この点についてはドイツに於いて侵害否定説に立つキュープラーが、立入禁止権能に基づく保護を主張していた(二  
(2) (a) (γ))。日本に於いても、合法的にアクセスできるものについては所有者の許諾は問題とならないとされる中  
山教授もこのような立場に立たれるものと思われる。また、侵害肯定説にあってもピィシュターは立入禁止権能から  
写真の頒布の停止を請求し得ると説いていた。しかし、この問題については既に指摘したように、所有権の効力は既  
に撮られた写真にまでは及ばないと思われる(二(2) (b) 註45)。事前の差止だけで十分であるとの立場に立てば格別、  
映像の利用の停止までも求めようとすれば、土地乃至建物所有権に基づく立入禁止権能だけでは十分とはいえない。

(b) 人格権・営業権との関係

これも既に紹介したようにドイツに於いて人格権に基づく保護を図った例が見られたし、学説にもこのような例を踏  
まえてこれに賛成するものがあつた(二(2) (a) (γ))。日本に於いても、クルーザー写真無断掲載事件では、写真の  
無断掲載による原告の財産的被害と並んで、原告のホテル経営上の信用、名誉の侵害による損害賠償が認容された。<sup>(72)</sup>  
しかし、先に紹介したB G Hの判決からも示唆されるように、「写真が同時に所有権者の私的領域に関して認識でき  
る陳述を含んでいる場合にのみ」<sup>(73)</sup>人格権侵害が認められるに過ぎず、写真撮影がつねに人格権侵害と評価される訳で

はない。それ故、人格権による保護が肯定される場合も限られることになる。所有権そのものの保護と人格権の保護は各々保護の対象を異にする故に当然の結論であろう。

また、組織され運営されている営業に関する権利についても、「企業が既に組織され、かつ、現に運されていることを要する」というその要件と「侵害に対する調整につき他に法的根拠がなく、かつ、その時その時に適用される法規範との関係で〔八二三〕条一項によって補充を要する欠缺が明らかになるときに限り、営業に関する権利が考慮される」という「補充性」<sup>(74)</sup>の故に、常にかかる権利による保護が図られ得るか疑問が残る<sup>(75)</sup>。

場合によっては、人格権・組織され運営されている営業に関する権利に基づく保護を論じ得ることは否定しえないとしても、やはりそれだけでは必ずしも十分な保護とはいえないだろう。

#### (c) 著作権等との関係

これまでの検討から明らかなように侵害否定説の最も大きな根拠は日本に於いても、ドイツに於いても、影像の支配は所有権ではなく、著作権や意匠権であるということにあった。従つてこのような見地からすれば、所有者が有体物の影像を支配しようすれば所有権と並んで著作権や意匠権を取得しなければならない。意匠権については登録が必要であるけれども（意匠法三条以下）、著作権については、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（著作権法二条一項一号）であれば、それが建築物であつても、「思想または感情が土地上の工作物によつて表現されてい」<sup>(76)</sup>れば「建築の著作物」（著作権法一〇条一項五号）として登録を要することなく（著作権法一七条）保護を受け得る。また、気球もそれが著作権法二条一項一号の要件を満たす限り、「〔著作権〕法一〇条一項四号の美術の著作物又は同六号の模型その他の著作物あるいは建築の著作物」に該当する<sup>(77)</sup>。従つて、建物の外観の撮影が問題となる場合や、広告用ガス気球事件においては著作権や意匠権による保護も考えられる。し

かし、著作権法四六条は、原作品が街路、公園その他の一般公衆に開放されている屋外の場合又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場合に恒常的に設置されている美術の著作物又は建築の著作物は、建築の著作物を建築により複製する場合（同条二号）や、もつぱら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製する場合（同条四号）を除き、いずれの方法によるかを問わず利用することができる旨規定するが、建築物を著作物として保護する趣旨が「建築物によつて表現された美的形象を模倣建築による盗用から保護することにある」こと<sup>(78)</sup>、更には、著作権法が著作物の表現形式による分類の例示にあたり（同法一〇条）「美術の著作物」（同条四号）と「建築の著作物」（同法五号）とに分けていることから「狭義の美術著作物からは建築著作物を除外して考えるべきである」こと<sup>(79)</sup>を根拠に、著作権法四六条四号は、「建築の著作物」については適用はなく、従つて「建築の著作物」については、その影像の販売目的の複製は自由にこれをなしうると解されよう<sup>(80)</sup>。それ故、建物については、そもそも著作物と認められない建物の場合には著作権による保護が問題となり得ないのは勿論、著作権法四六条に関する右のような解釈による場合には、「建築の著作物」とされる建築物の著作権者と雖も当然に写真撮影・影像の利用の排除・停止を求め得る訳ではない。それ故、建物の影像を保護しようとすれば、著作権によることはできず、その基礎は所有権に求める必要がある。更に、著作権や意匠権との関係では、つねに被写体が著作物や意匠の保護される指定物品に該当する訳ではないといふことも指摘されるべきであろう。このことは長尾鶏事件にその例を見いだすことができる。長尾鶏事件では「独特の美しさがあり、その管理、飼育にもそりなりの工夫と人知れぬ苦勞があり、永年の努力の積み重ねの結果、ようやくにしてこれが育て上げられたものである」長尾鶏の著作物性が否定されたのは、著作権法二条一項一号の定義規定に照らし妥当な結果であろうが、長尾鶏所有者の権利を保護する必要ないとの立場によれば格別、その保護を図らうとすれば、その根拠は動物の所有権に求めざるを得ないのではないだろうか<sup>(81)</sup>。



(d) 保護の必要性

以上の検討から、有体物の影像を保護しようとするれば、所有権に基づく保護も考慮に入れざるを得ないことが明らかにされたといえる。もともと、例えば、影像の保護は著作権等の無体財産権によるべきであって、それらの権利による保護を受け得ない以上、所有権の効力を影像に及ぼし、所有者を保護する必要はないということも可能であろう。しかし、典型的には長尾鶏事件にみられるように物の肖像も財産的価値を持つことは否定できず、著作権保護の対象とならないものについては保護は全く不要であると言いつけることは適切ではないように思われる。所有物の影像に対して所有権の効力を及ぶと捉え、所有者の許諾なしの撮影・影像の利用に対する所有権者の排除・停止権能を肯定する所以である。

(2) 侵害の成否

ドイツに於ける判例・学説の対立は実際の保護の必要性に関する認識の違いを背景として、理論上は、写真撮影によつて所有権が「侵害」<sup>(82)</sup>されると評価するかどうかにあった。そこで、ここではこの問題について、これまでの筆者の研究も踏まえ私見を述べることにする。

物権的請求権とは、物権の在るべき「支配の回復を求めて躍動する物権そのものの姿である」と定義することができた。このことから、物権的請求権の発生にとつて物自体が如何なる状態に存するかは、およそ問題とならないといえる。つまり、「ネガトリア請求権」<sup>(83)</sup>「所有権に基づく妨害排除・停止請求権」は、原告の損害から独立しており、例えば発生した損害の賠償には向けられず、妨害排除・停止請求権は「それ自体として機能する」<sup>(84)</sup>ということを意味する。言葉を換えれば、「妨害」排除請求権は、所有権の保護のみを本質とし、その結果、同請求権は誇張して言

えば、物をついでに保護するにすぎない<sup>(85)</sup>」のである。それ故、ドイツの通説・判例が、BGH八二三条一項で問われる Eigentumsverletzung と一〇〇四条一項で問題となる Eigentumsbeeinträchtigung とを同質のものとして取扱<sup>(86)</sup>い、一〇〇四条一項の意味に於ける所有権侵害を「物との直接の接触」の場合にのみ認めるのは、妥当ではない。

物権的請求権が物の財産的価値を直接に保護する制度ではないことはいえ、物の肖像も財産的価値を持つことは否定できず、財産的価値を所有者が把握するならば、これを無権限で篡奪する者に対して、所有者が一定の保護を求め得ると解することは、物権の在るべき「支配の回復を求めて躍動する物権そのものの姿」であるという物権的請求権の意義に反するものではないと思われる。

### (3) 調整

(a) 写真撮影・複製を所有権侵害とみとめる立場に対しては、ドイツに於けるこれに反対する判例や学説は、所有権と著作権の相違に言及し、その不当性を指摘していた。また、日本に於いても自書告真帖事件最高裁判決や学説もかかる相違に言及する。

より詳しく言えば、著作権との関係に於ける不当性は、「著作物はそれを作成した作者個人のものであると同時に国民共通の文化財産としての一面をも有して<sup>(87)</sup>」おり「著作物は他に利用されてこそその意義を十分に発揮しうる<sup>(88)</sup>」から、作者の許諾の有無を問わず自由に利用できる場合が広く法定されており、且つ権利の存続期間が、所有権と決定的に異なり、有限であることから、生じる。有体物の影像の支配を常に所有者に認めれば、自由利用が認められている著作物よりもその保護が厚くなることは勿論、実際にも不当な結果が生じるし、所有権者の影像の支配に時間的制限が及ばないということは極めて不当な結果に帰すこと否定説のいう通りであろう。従って、写真撮影・複製を所

有権侵害とみとめる立場からは、これらの批判に答える必要がある。

(b) この点について、ドイツの学説は、著作権法 (UHR) 五九条や美術・著作権法 (KUG) 二二条を類推適用し、或いは基本法一四条に依拠して所有権と著作権との関係を図っていた。この際、調整の基準はでき得る限り一義的で、明確であることが望ましいし、著作権を体现していない所有権のほうに、著作権を体现する所有権より厚い保護をうけるというのは、そもそも著作権やあるいはもっと広く無体財産権制度による権利保護を水泡に帰す結果となるゆえに、でき得る限り、著作権と同一の基準により調整を図ることが必要であろう。かかる基本的立場を前提とし、更に既に示されている考え方や著作権法の規定を考慮して次のような基準を提案したい。

(α) まず、第一の基準を著作権法四六条の類推適用に求め、当該有体物が一般に開放されている屋外に恒常的に展示されている場合は、原則として当該撮影・複製は所有権侵害とはならないと解される。従って、専ら私的な使用のために影像が複製される場合は、被写体たる当該有体物が公開されている限り、所有権侵害とはならない。しかし、美術の著作物に関して著作権法四六条四号が公開の美術の著作物と雖も、もっぱら販売を目的とする複製について著作権者の許諾を必要と規定いることから、屋外に恒常的に展示されている有体物の影像の複製であっても、販売を目的とする複製であるときは、所有権侵害となると解される<sup>(89)</sup>。

(β) これに対して、当該有体物が一般に開放されている屋外に恒常的に展示されていない場合には、その写真撮影の可否は所有権者の許諾に係る<sup>(90)</sup>。例えば、広告用ガス気球事件では、ガス気球自体は「屋外」に展示されていたが、この展示は催し物のための一時的な展示に過ぎなかったので、写真撮影が認められるか否かは、気球の所有者がそれを許諾していたか否かによる。同様に、長尾鶏事件に於いては、被写体たる長尾鶏は屋内で展示されていたので、写真撮影が認められるか否かは、長尾鶏の所有者がそれを許諾していたか否かによる。但し、著作権法三〇条が私的使

用のための複製についてはこれを認めているから、ここでは更に著作権法三〇条を類推適用して当該写真が私的な使用のために撮られた場合は（例えば、マニアが自己の写真収集のために撮影した場合）、既に撮影された写真の廃棄等を被写体所有者はもはや求め得ないと解される、また著作権法四一条も類推適用されると解される（註14 b 参照）。その結果、結局ここでも販売目的での写真撮影は禁止され写真の廃棄等を所有者は求めうることになる。しかし、著作権法四六条が類推適用される場合には、写真撮影は原則自由であるから、販売目的での撮影であることを被写体の所有者が立証しなければならぬのに対して、ここでは原則として所有者が自己の意思に基づいて写真撮影を禁止しうるから、撮影者の側でそれが私的利用・報道目的であることを立証しなければならないという相違が生じる。

(γ)尤も、物権的請求権は(2)で述べたように損害の発生を前提とするものではないから、写真撮影者が販売目的で影像の複製を行っていたら、それだけで十分であり、複製によって被写体所有者に損害が生じたか否かは一切問題とならない。

(c)右に述べた「調整」は著作権の保護期間内にある著作物との対比に於ける所有権と著作権との調整であったが、所有権と著作権との調整については今一つ重要なものがある。つまり、著作権は存続期間が有限であり、存続期間が満了した著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し、万人が自由にこれを使用できるのに対して、所有権には存続期間の制限がないということである。所有物の影像支配にこのことをそのまま妥当せしめると著作権保護に比し所有権に基づく保護が不当に厚くなると言わざるを得まい。従って、所有権に基づく影像支配にも時間的制限をつけることが望ましいといえる。しかし、著作権の場合のように一律にこれを決するのは無理があるように思われるので、ここでは一般条項による他ないであろう。

ドイツに於いては、写真撮影について基本法一四条を援用して、所有者の許諾の有無に拘らずこれを認める見解が

見られた(上述二(2))。これは日本法に於いても考慮されるべき基準の一たりえよう。例えば、被写体たる有体物が文化財、なかんづく有形文化財、である場合には、当該有体物の修理等の責任は所有者が負うものであるにせよ(文化財保護法三四条の二以下)、それは「国民的財産」であり所有者は「公開する等文化的活用に努めなければならない」(同法四条)ゆえに、所有者は私権の行使にあたり民法一条一項による制限を受けよう。<sup>(91)</sup>

註

(71) 石田喜久夫・物権法拾遺一一頁

(72) 判決は、「現に右船名入りの広告写真を見たボート愛好者らの何人かが本件クルーザーが売りに出されているものと誤解し、経営悪化により原告経営のホテルも売りに出されてる等の噂も流れ、原告にもその旨の問い合わせがなされ、そのため本件クルーザーを小豆島にある原告経営のマリンホテルのシンボルとして使用していた原告のホテル経営上の信用、名誉が侵害されたことが明らかである。」と判示している。

(73) *Ruwedel*, aaO (Amm.39) 244

(74) 椿Ⅱ右近編注釈ドイツ不当利得・不法行為法「一九九〇年」八〇頁〔右近健男〕

(75) Vgl., *Ruwedel*, aaO 244; *Soergel-Mühl* (12. Aufl.) §1004. Rz70; BGH NJW1977, 2264 (註40参照)

(76) 半田・著作権法概説「五版、一九九〇年」九七頁

(77) 参照大家・最新著作権関係判例集Ⅰ「七版、一九九一年」八〇八頁

(78) 半田・著作権法概説九七頁

(79) 半田・著作権法概説九三頁

(80) 半田・著作権法概説一六七頁は「公園にある銅像あるいは建築物などを写真撮影したり、テレビで放送したりすることは、原則として自由である。だが銅像を絵はがきにして販売したり、建築物をまねて建てたりするような場合は、例外として著作権者の許諾を必要とする。」とされる。

(81) 参照土井輝生・知的所有権法基本判例〈著作権〉「一九八八年」一〇九頁。動物の著作権については、vgl., *Ruwedel*,

aaO, 242, 243. また、土井・同二二頁は「広告用ガス気球事件」について、「有体物や動物についてもパブリシティの権利を主張することができるか、というおもしろい問題を提起する」とする。本稿では「パブリシティの権利」については十分な検討ができていない。今後の課題としたい。

(82) 拙稿・六甲台三二巻二号「一九八五」一七三頁以下、六甲台三四巻四号「一九八八年」一二三頁以下、京都学園法学創刊号「一九九〇年」五三頁以下。

(83) Salinger, LZ, 1919, 1158.

(84) Linckelmann, ArchBuegr, 24 (1904), 241.

(85) Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972. S. 86

(86) この点については特に、拙稿・六甲台三二巻二号一八二頁以下を参照されたい。

(87) 半田・著作権法概説一五四頁

(88) 齊藤博・概説著作権法「一九八〇年」一四〇頁

(89) 但し、当該被写体が例えば絵葉書のなかで風景の一部として点景的に利用されているに過ぎない場合は、許諾は不要であろう（参照半田・著作権法概説一六七頁）

(90) 所有者の許諾を公示する手段に欠ける以上、許諾によって撮影者が物権類似の権利を取得すると解することは不適切であり、許諾により取得される目的物撮影・利用の権利は債権に過ぎないと解すべきであろう。註（4）参照

(91) なお、所有者が既に公開等をしている場合には、その公開の程度に応じて写真撮影・映像の利用の可否も決定されることになる（参照二（1）①Schloß-Tegel事件判決）。

## 五 今後の課題

以上写真撮影による所有権侵害という問題についてドイツに於ける判例・学説を主たる素材にし、日本に於ける判例・学説を踏まえて私なりの考え提示した。しかし、ここでは十分に検討されなかったがなお今後検討されるべき問

題が存する。最後にその問題を指摘し、今後の課題としたい。

本稿では、有体物の影像が持つ財産的価値はこれを所有者が支配し得るという立場が採用されたが、古典的な物支配権としての所有権という定義による限りこれを肯定するのは確かに、侵害否定説が主張するように、困難であろう。侵害否定説自身、機能に着目した機能的所有権論に拠れば、このことを肯定し得ることを示唆しているが、右の議論は、所有権という概念を如何に定義するかという物権法、いや民法全体の体系にかかわる問題を孕んでいること、言うまでもない。機能的所有権論に対しては、本稿の課題との関連ではそこの所有権侵害概念の不正確さも指摘されており、また本稿での課題を離れても例えば「所有権にとつては、物がその都度の所有権者の権能を満足することが物に適しているかどうかはどうでもよい。……他方、まさ物についてのかかる所有権者の特別の利益も所有権の強められた保護に立ち至らない『見せかけの利益 (Affektionsinteresse)』は——特別の方法で承認された一般的人格権の刻印が問題ではない場合には、法的には保護されない。寧ろ所有権に際しては、個々人の自己の裁量により環境の在り方を共同して決定するという権能 (資格) を与えることが認められることが問題である<sup>(94)</sup>」という批判もあり、今後十分に検討される必要がある。他日に期したい。

(92) Vgl., Küker, aaO (Amm.19) FS Baur, S. 55ff. 侵害肯定説にあつては *Soergel-Mühl* (12. Aufl. 1989) §1004, Rz70. が、このことを明言していた。上述二(2)(b)(v)

(93) Vgl., Küker, aaO, S. 56

(94) *Parolowski*, aaO (Amm.19) S. 415.